



## Osaka Gakuin University Repository

Title	不完全な同意について—同意論の再検討— Revision der Einwilligungslehre im Strafrecht
Author(s)	戸浦 雄史 (Takefumi TOURA)
Citation	大阪学院大学 法学研究 (OSAKA GAKUIN LAW REVIEW), 第 41 巻 第 1 号 : 1-48
Issue Date	2014.9.30
Resource Type	Article/ 論説
Resource Version	
URL	
Right	
Additional Information	

## 不完全な同意について——同意論の再検討——

戸 浦 雄 史

一 はじめに

二 「同意の法益関係性」について

三 「同意の撤回」をめぐって

四 「不完全な同意」としての「危険引受け」  
五 おわりに

### 一 はじめに

刑法における「被害者の同意」<sup>(1)</sup>は、「個人の自己決定の尊重」という憲法上の基本思想にもとづき「自己の法益を処分・放棄することを内容とした法益主体の自律的な意思決定」を中核とする犯罪成立阻却事由である。この点については現在ではほとんど異論はないといつてよいように思われるが、同意の効果を犯罪論体系上どう位置づけるかという「同意の体系的地位」については、周知のような学説の対立が見られる。法益の内容に法益主体による処分の自

由が含まれる場合には、同意は「法益（侵害）性」自体を失わせる構成要件該当性阻却事由として、法益の内容に処分の自由は含まれない場合には、同意は「法益の法的保護（の必要性）」を失わせる（あるいは減少させる）違法性阻却（減少）事由として、とらえられることになる。<sup>(2)</sup> 各構成要件の性質や保護法益の性質ごとに両者を使い分けるいわゆる二元説が通説的地位を占めるが、すべての個人法益を前者ととらえて構成要件該当性阻却一元説を採用する見解も有力である。<sup>(4)</sup> これらに対して、最近では、「行為態様に係る（構成要件該当性阻却的）合意」「法益侵害性に係る（構成要件該当性阻却的）合意」「（違法性阻却的）同意」を使い分ける、三元説も主張されている。<sup>(5)</sup> また二元説でも特に違法性阻却の同意を中心にとらえる見解の中には、同意を「優越的利益」原理や「社会的相当性」といった違法性阻却に関する上位の判断のための一要素として位置づけることで、違法性阻却の場面での同意に独立した意味を認めない見解も有力である。<sup>(6)</sup>

こうした根深い対立の存在する一方で、それとは対照的に、ほとんど異論のないコンセンサスを形成しているように見えるのが、冒頭で指摘したような、いわば「同意の本質」論とでもいってよい「同意とはどのようなものか」に関する理解であって、つまり「同意の本質」を「法益処分内容とする法益主体の自律的な意思決定」ととらえる点でおおかたの一致が見られるのである。この点については、以下のような判例や現行刑法の立場とも矛盾しないように思われる。たとえば、保険金詐欺目的で被害者と示し合わせ、わざと自動車を追突させて傷害を負わせた事件に関する最高裁判昭和五五年十一月十三日決定（刑集三四卷六号三九六頁）も、「保険金を騙取するという違法な目的に利用するために得られた違法な」同意であることを理由にして傷害行為に関する違法性の阻却を否定してはいるものの、「単に承諾が存在するという事実」自体は否定していないからである。また下級審裁判例には「社会的相当行為

と認められない」ことを根拠にして同意傷害の違法性阻却を否定したものが多く見受けられるが、基本的には「生命に対する危険が高度」なことがその主たる判断根拠であるといえるだけでなく、前記の最高裁決定同様に、同意の存在そのものや有効性自体を否定したものではないからである。刑法二〇二条（特に後段の同意殺人）も、被殺者の同意（囑託・承諾）が有効に存在することを前提としているのであり、この点についての例外とはいえないだろう。

このような「同意の本質」論の観点から見れば、「同意の有効性」要件の問題として論じられる内容も、大きく二つに区別することができる。一つは、まさに同意の「効力発生要件」とも呼べる内容であり、「特に生命・身体に対する」処分権限の内在的限界」の問題や、「同意とは法律行為なのか事実行為なのか」といった「同意の法的性質」論と関連する「同意は行為者に認識される必要があるか」といった問題がこれに属する。もう一つは、むしろ同意の「存否そのもの」に関連する内容であり、先に触れた「同意の本質」論に対応する「法益処分の意味を十分に理解した自由で自律的な意思決定がおこなわれているか」に関する問題や、また「同意の法的性質」論とも関連する「同意に意思表示は必要か」「同意が存在する必要がある時期はいつか」といった問題がこれに属する。本稿ではこの後者の「同意の存否そのもの」に関わる問題群を主として扱う。この問題群で扱われる要件を満たさない同意、たとえば「法益処分の意味を理解せずになされた同意」や「法益処分の意味を理解する能力のない者による同意」「自律性の損なわれた状況下で得られた同意」、「仮に意思表示説に立った場合の」表示されていない同意「事後的同意」といったものは、そもそも刑法上意味のある同意ではなく、このような場合には「同意は存在しない」と考えるのが一貫しているだろう。

したがって、冒頭で述べたような「同意の本質」に関するコンセンサスから見ると、この後者の問題群において必

要とされる要件をすべて満たした同意こそが「法益処分を内容とする自律的な意思決定」としての本来の同意であって「完全な同意」と呼ぶことができ、それらの要件を満たさない同意は議論を進める上で仮に「同意」と呼ばれているにすぎない、せいぜい「不完全な同意」ということができるだろう。要するに、同意論においては「法益処分を内容とする自律的な意思決定」の存否にかかわる条件をすべて満たす「完全な同意」の有無こそが問題であり、「法益処分」としては「不完全」な意思決定、そうした条件を不完全にしか満たさない「不完全な同意」しかない場合には、むしろ法益主体の自律性・自己決定が損なわれて「法益主体の不自由ないし他律性が結果に実現」しているのだから、これに刑法上の意味を認めず、違法な構成要件該当事実の実現を肯定する、という結論に至るのが自然ということになるのではないだろうか。<sup>(8)</sup>

本稿では、このような「不完全な同意」の典型といえるいくつかの問題を取り上げるが、その第一が「被害者の錯誤」<sup>(9)</sup>である。ここでは「法益主体が法益処分の意味を十分に理解」していない、という意味での「不完全な同意」が問題となり、上で述べたように、まさにこのような場合には、当該法益に関する処分意思といえる同意がそもそも存在しないために、そのような同意にもとづく行為は構成要件に該当し違法な法益侵害であると評価されることになる。ただしこの問題については、通説的見解とされる「重大な錯誤」説についても、それに対する有力批判説である「法益関係の錯誤」説についても、結論に問題があることが指摘されるようになってきている。本稿ではまずこの点についての議論を見直し、新たな視角を得る手がかりとしたい。

第二に取り上げるのは、近年新たな問題が指摘されている「同意の撤回」をめぐる議論である。「法益処分を内容とする意思決定」としての同意は、その「存在時期」について、少なくとも既遂結果発生時までに存在する必要がある

り、いつでも撤回可能である、という理解が近時有力に主張されているが、この点に関連する「結果発生までに撤回された同意」の効力について興味深い議論が見られるようになってきている。このような「撤回された同意」も「存在時期」について「不完全な同意」ということができるだろう。また、さきに「法益処分の意味理解」について「不完全な同意」の例とした「被害者の錯誤」は、「法益主体が意思決定をおこなうにあたっての状況認識・評価の誤り」の問題を含んでいるが、このような「状況認識・評価」について「不完全な同意」の問題は「同意の対象」論との関係で論じられてきた歴史があるので、その点からは「処分の対象」について「不完全な同意」といった方がよいかもしれない。

本稿で「不完全な同意」と呼ぶ、これらの問題領域は、同意の成立要件・有効性要件を部分的にしか充足していない、という意味で「部分的な同意」と呼んでもよいものである。これらは、すでに指摘したように、同意を「法益処分を内容とする自律的な意思決定」と見る「本質」論からすれば端的に「刑法上意味のない意思決定」ととらえられる、あるいは同意の犯罪阻却効の根拠とされる「個人の自律性・自己決定の尊重」思想からすれば「法益主体の不由・他律性のもとでの法益侵害」を意味しているのであって積極的に違法性が肯定されるべき場面である、と考えられてよいはずである。にもかかわらず、従来の議論の中では、こうした「部分的で不完全な同意」にも「部分的な、あるいは不完全な効力」が認められてきたのである。つまり、このような前提と帰結との間には理論的な緊張関係が存在するはずなのであるが、従来、このような問題は十分に意識されてこなかったように思われる。本稿は、この点を再検討することを通じて、同意論全体に関する問題提起をおこなうことを目的としている。

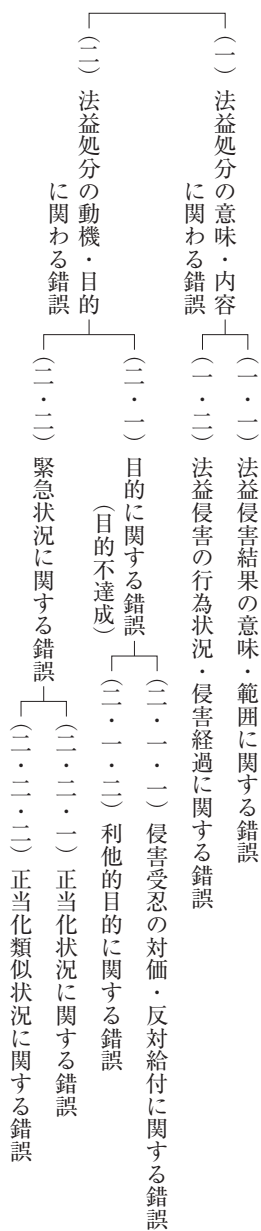
## 二 「同意の法益関係性」について

同意論における「被害者の錯誤」については、たとえば、被告人が追死するものと誤信した被害者の錯誤を奇貨として服毒自殺をさせた偽装心中事件に関する最高裁昭和三十一年一月二一日判決（刑集一二卷一五号三五・一九頁）が、被害者の「死〔…〕の決意は真意に添わない重大な瑕疵ある意思であること」を理由に「追死の意思がないに拘らず被害者を欺罔し被告人の追死を誤信させて自殺させた被告人の所為は通常の殺人罪に該当するもの」としたように、判例・通説は、被害者にその錯誤がなければ同意をしなかったろう、といえる場合に同意を無効とする、いわゆる「重大な錯誤」説に立っていると考えられている。<sup>(10)</sup>これに対して、この説によれば広すぎることになる同意の無効範囲を、適切に限定する基準を提供するために唱えられたのが、「法益関係的錯誤」説である。<sup>(12)</sup>

「法益関係的錯誤」説は、一九八〇年代に相次いで公表された山中敬一<sup>(11)</sup>と佐伯仁志<sup>(12)</sup>の二論文により、ドイツ・スイスで「*N*」が唱えた学説として紹介され、<sup>(13)</sup>その後支持を拡大した。このような法益関係的錯誤説とは、わが国におけるその主唱者の一人である山口厚によれば、「当該の法益侵害について正しい認識を持ち、それに対して同意している場合には、侵害の対象となる法益の法益性は失われたのであり、当該法益と無関係な事情についての欺罔・錯誤により同意を無効として処罰することとするのでは、問題となる犯罪が、当該法益と無関係な欺罔を処罰するために転用されることになり、あるいは、『自由な意思活動』自体が保護されることになってしまふ<sup>(14)</sup>」という問題意識から出発するものであり、また「判例・多数説が採用する『重大な錯誤』説は、法益主体の『真意』に反する同意を広く無

効にする見解であると評することもできるが、これに対し、『法益関係の錯誤』説は、そうした考え方に『法益(侵害)関係性』という客観的基準によって、一定の限定を付そうとする<sup>(15)</sup>理論である、とされる。

要するに法益関係の錯誤説とは、「法益処分の意味・内容」についての錯誤と「法益処分の動機・目的」についての錯誤とを区別して、前者のみが同意を無効にすると考える見解であるが、これに対してはドイツにおいてもすでに一九八〇年代には Küttne・Jakobs・Roxin<sup>(17)(18)(19)</sup>らによって有力な批判が展開されていたため、本説がわが国へ紹介された当初からその問題点が意識されていた<sup>(20)</sup>。そこで以下では、まずドイツにおける批判説の概要とそうした批判説のわが国における評価とおおまかに整理するが、その際には、上で述べたような「動機の錯誤」かどうかといった「被害者がどのような事実について錯誤しているのか」という「錯誤の内容」に関する分類が必要になるので、一応の分類を次の図に示したうえで、議論を進めたい。



法益関係の錯誤説に対する批判説はおおむね、本説ではかえって同意が有効になる範囲が広くなりすぎる、すなわ



ち同意を無効にする錯誤は法益関係的錯誤以外にも存在する、と指摘する。ドイツにおいてはKühneが、いち早くこのような立場から、行為者が「権利の濫用」にあたる場合に広く同意の無効を導く議論を展開したが、わが国ではあまり受け入れられなかった。<sup>(22)</sup> わが国における法益関係的錯誤説批判の主流は、次に述べるようなRoxin流の「規範的自律性説 (normative Autonomieheorie)」だといえる。そこでRoxin説の要点を見てみよう。まず彼は、上の分類でいう(一)(二)の区別すなわち「法益処分自体に関する錯誤」と「その動機に関する錯誤」とを区別すること(加えて特に(二・一・一)「反対給付に関する錯誤」の問題を明確化した点)と(二)の場面での結論については、おおむね法益関係的錯誤説に賛同する。これに対して、おもに(二・一・二)「利他的目的に関する錯誤」と(二・二)「緊急状況に関する錯誤」の場面で、法益関係的錯誤説が同意を有効と考える点を批判する。そして、こうした批判を通じて、「規範的基準からみて、事象がなお法益主体の自律性の表現すなわちその行為の自由の実現だと見られる範囲でだけ、同意を有効とする」という基準を提示するのである。<sup>(23)</sup> 一九八三年の山中論文は、Kühneの批判について詳しく検討した上でこれを退け、規範的自律性説へ至る方向性を示唆していたし、<sup>(24)</sup> 一九九〇年代には、斉藤誠二と林美月子がRoxin説に基本的な賛意を表していた。<sup>(25)</sup> ただし林美月子については、具体的な判断基準につきJakobs・Göbelによる「客観的合理性」基準すなわち利益優越状況が仮構された場合についてのみ同意を無効とする考えを支持している点に特徴があり、<sup>(26)</sup> おおむね同様の関心から判断基準の「客観」化を目指す森永真綱や、<sup>(27)</sup> 佐藤陽子なども、このグループに数えていいだろう(客観的規範的自律性説と呼ぶことができるだろう)。これらに対して林幹人は、一九九八年の論文で、基本的には規範的自律性説に賛成しつつ、判断基準についてむしろ被害者の「主観的」価値体系を基礎とすべきことを説いていた(「主観的自由意思喪失的錯誤」)<sup>(29)</sup> が、これに賛同する上寫一高や塩見淳、<sup>(30)</sup> 曲田

統<sup>(32)</sup>らも含めて、大枠ではこの規範的自律性説に含めてよいのではないかと考えられる（主観的規範的自律性説と呼んでよいだろう）。

これらの批判説に対して、山口は、法益関係的錯誤説を擁護するために、次のようなアプローチを提示しており、<sup>(33)</sup>このような見解も支持を広げている。すなわち、従来の法益関係的錯誤説では同意の無効を説明することが困難だった（二・二）「緊急状況に関する錯誤」について、被害者が存在するものと錯誤した状況がもし現実存在していたとすれば法益侵害が正当化される以上はその状況に関する錯誤が「法益の価値に関する錯誤」だと考えられる（二・二・一）「正当化状況に関する錯誤」と、その状況が存在しただけでは正当化事由に当てはまるわけではないため錯誤の法益関係性以外の基準によって同意の無効を説明しなければならない（二・二・二）「正当化」類似「状況に関する錯誤」とに区別し、前者をなお法益関係的錯誤（法益処分の意味理解に関する不完全性）としてとらえることに、後者を脅迫と同視しうるような自律性を奪う欺罔（意思決定の自律性に関する不完全性）としてとらえることによって、同意の無効を導くのである。<sup>(34)</sup>この見解は、同意論における被害者の錯誤の問題を、「法益処分の意味理解に関する不完全性」の問題と「意思決定の自律性に関する不完全性」の問題とに分析する視点を提供するものであり、佐伯・深町晋也からも支持されている。<sup>(35)</sup>

しかし本稿は、このような「被害者の錯誤」についての最も妥当な解決方法や判断基準はどのようなものか、といった問題を扱うことを目的とはしていない。上記のようなおおまかな議論の流れを踏まえた上で、この問題領域について指摘されている疑問点のいくつかが、「同意の本質」論との関係で重要な示唆を含んでいるのではないか、含んでいるとすればそれはどのような意味を持つのか、について考察することを通じ、従来の同意論の枠組み自体に関

する再検討の必要性を明らかにできれば、さしあたりの目的にとっては十分である。このような観点から注目すべき議論状況について、以下では整理を試みたい。

まず近時の法益関係的錯誤説の展開の中で興味深いのは、山口のアプローチをさらに進めた深町が、後者の「正當化類似状況に関する錯誤」については、錯誤の法益関係性を根拠として無効が導かれるのではなく意思決定の自律性・任意性が欠けることを根拠として無効が導かれるのであるから、同様の根拠にもとづく脅迫者と同じく欺罔者に対してのみ同意が無効になり、それ以外の侵害関与者に対しては同意の有効性が認められる、という「同意の対人的相対効」を認めるに至った点である。<sup>(36)</sup>しかし、たとえば「あなたのペットである猛犬が人を襲っているので射殺してもよいか」という虚偽の申し出により飼い主を欺罔して器物損壊の同意を得るような「正當化状況に関する錯誤」の事案と、「あなたのペットである猛犬が垣根を壊して隣家に侵入しようとしているので射殺してもよいか」という虚偽の申し出により同意を得るような（この事案では緊急避難の法益権衡あるいは補充性や相当性を満たさないという意味で）「正當化類似状況の錯誤」の事案とで、ともに飼い主が欺罔者とは別人に依頼して飼い犬を射殺してもらったような場合に、前者では「同意は『絶対的』に無効（有効な同意は存在しない）」であって狙撃手の行為は違法（ただし錯誤があれば故意が阻却される余地はある）だが、後者では「同意は『相対的』に無効（自律性を奪った相手方以外に対してはなお有効な同意が存在する）」であって狙撃手の行為は適法、という結論に至るのであれば、必ずしも説得的ではないように思われる。

このような「同意の対人的相対効」の問題は、たとえば森永が、「電器類に疎い持ち主が故障したと思い込んで電

球が切れただけの電灯を繰り返しゴミ捨て場に廃棄していたところ、電器類に詳しい廃品回収業者が持ち主の錯誤に気づきながらこれを損壊した<sup>(37)</sup> というような「被害者が自ら陥った、欺罔にもとづかない錯誤（一方的・片面的錯誤）」の場面を例にして、法益関係的錯誤の存在により無効とされるべき同意にもとづく行為がなお適法になる余地を指摘するように、緊急状況の錯誤の中の一面面についてだけでなく、同意論全体に関わるものとしてとらえるのが適切だろう。<sup>(38)</sup> 森永がこのような場面で構想するのが「錯誤を利用してはならない地位」という規範的判断要素であり、これによって、欺罔者や説明義務違反者といった「錯誤を利用してはならない地位」にある者は他の一般的な関与者にとっては有効な同意を援用することが許されないという形で、「同意の対人的相対効」が説明される<sup>(39)</sup>。この問題については、さらに佐藤陽子がより「同意の本質」論にかかわる形で、次のような指摘をおこなっている点が注目される。すなわち、「被害者の承諾の犯罪阻却根拠が自己決定である点に鑑みれば、自己決定とは呼べない承諾が無効とされるべきである」として規範的自律性説に立つことを「同意の本質」論から明らかにした上で、そこからさらに、「錯誤に基づく承諾の有効性を決定する際には、行為者との関係での自律性が問題となる（傍点は原文）」<sup>(40)</sup>、具体的には、法益主体である被害者が「自ら作った錯誤は承諾を無効とせず、それが無効となるのは行為者が義務に反してそれを取り除かなかった場合だけである」として、「錯誤を排除する義務」あるいは「自己決定を正しい方向に導く義務」を論拠とした<sup>(41)</sup>「同意の対人的相対効」を導くのである。森永や佐藤陽子の認めるような、同意論全体に関する「同意の対人的相対効」は、法益関係的錯誤説からは導けない。なぜなら、まさに法益処分の内容に関する錯誤が同意の無効をもたらさない余地を広く認めることになるからであり、任意性や自律性の欠如による無効だけでなく錯誤による無効までも、特定の行為者の地位や義務といった要素と併せて複合的に判断されるものであることを認めな

ければならないからである。<sup>(42)</sup> 山中が Kihne の権利濫用論を筆頭とする「相互関係（動態）モデル」を行為無価値的だとして方法的に排除したのは、むしろ端的にこのような限界の表れであったのではないかと思われる。近年では、小林憲太郎がこうした議論を「原因において違法な行為」を認めるものであつて妥当でないとするのも、同趣旨から出た指摘ではないかと思われる。

このような特定の行為者との関係での同意の効力判断という観点については、佐藤陽子が、さらに次のように指摘して法益関係の錯誤説を批判している点が重要である。すなわち「器物損壊を例にとれば、花火を子供に打ち上げさせる（花火の維持は本人にとって重要ではない）という承諾における『子供に』という条件は（法益関係の錯誤のいう意味で）法益関係的ではないので、仮に横から通行人がそれに火をつけたとしても、彼の承諾は有効ということになつてしまう。なぜなら、法益所有者は、刑法的に（程度問題も含めて）物を放棄するか否かの二者択一の権利しか有さないからである。しかし、このような帰結は適切ではないだろう。法益の所有者は物の放棄をする場合に、何らかの条件をつけることができるのであり、物の維持か放棄、二つのどちらかしか選べないと考えるのはあまりに形式的すぎるように思われる。法益所有者の法益を放棄する自由はそれを放棄するにあたり追求された目的との関係をも考慮して、ようやく満たされるのであり、このことを度外視することはできない<sup>(44)</sup>」というのである。つまり、ここで指摘されている問題は、本稿の分類でいうところの（一）「法益処分の意味・内容に関わる錯誤」と（二）「法益処分の動機・目的に関わる錯誤」との区別を相対化して、（二）を（一）の問題の中に取り込む必要性だけではない。「侵害主体・行為者の同一性に関する錯誤」といった（一・二）「法益侵害の行為状況・侵害経過に関する錯誤」の問題、これは法益関係の錯誤説の本来の対象である（一）の領域に属する問題であるはずなのだが、この問題が「法益の維

持か放棄かという二者択一的な選択」を前提とする同説の基本枠組みによっては適切に取り扱えない、もっと簡単にいえば、法益関係の錯誤説は(一)の問題全体を(一・一)の「侵害結果の範囲の錯誤」としてしか扱えないのではないか、という限界が指摘されているのである。

これに対して、現在わが国で最も強力に法益関係の錯誤説を主張している論者といえる山口は、そもそも法益関係の錯誤説と「同意の本質」論との関連性について、どのように考えているのだろうか。次のような記述にその立場がよく表れているように思われる。すなわち、『法益関係の錯誤』説の根拠について述べる前に、その前提として、『被害者の同意・承諾』により犯罪の成立が否定される根拠について確認しておくことが必要であると思われる。それは、結論から述べれば、『被害者の同意・承諾』により、発生した法益侵害から『侵害性』が失われることである。すなわち、法益主体の意思に合致した法益侵害という観念は一種の形容矛盾であり、物等に物理的毀損等が生じていても、それを法益侵害とはいわないということである。」としたうえで、いくつかの例をあげたあと「しがたつて、『被害者の同意・承諾』の場合には、構成要件該当行為について違法性が阻却されるといよりも、それ以前に、すでに構成要件該当性を肯定することができないことになるのである。」とし、さらに「同意・承諾の対象」が「法益に対する侵害全般ではなく、それに対する一定の強度のものに限定」される例として「『木製の球』による物理力」思つて「足の上に球を落下させることに同意したという事例」をあげて「同意の対象は『木製の球』による物理力の行使であつて、『鉄製の球』によるそれではない。すなわち、同意の有無の判断にあたつては、想定・惹起された法益侵害に対するものが認められるかが問題であり、この意味で、単なる『法益』ではなく、具体的な『法益侵害』がその基準となるのである。」としたうえで、『被害者の同意・承諾』についての上記の理解からは、惹起された法



益侵害について認識・予見がある（そして、それを少なくとも認容しつつ甘受していた）ことが、同意・承諾の効果を認めるためには必要である。このように、侵害に同意・承諾を与えた法益主体が、惹起された法益侵害についての完全な認識・予見を備えていなかった場合が『法益関係の錯誤』が認められる場合にほかならない。この意味で、『法益関係の錯誤』とは、より正確にいえば、『法益侵害関係の錯誤』なのである。<sup>(45)</sup>とするのである。

この立場を、さらに論者の不法論との関係も含めて要約的に述べると、およそ次のようにいえるのではないだろうか。すなわち、不法実質論に関する結果無価値一元説から構成要件の不法の内容をもつばら「結果」要件すなわち「法益侵害」結果により構成されるととらえるだけでなく、その（個人）法益の内容には一般的に「法益主体による処分の自由」が含まれると考えることで、「結果」つまり「具体的な法益侵害」を認識・認容することにより「法益を処分する」意思決定である同意によって「結果」要件が阻却され、さらにそれを通じて構成要件の不法全体も阻却されると位置づけたうえで、その必然的な帰結として、法益主体に「法益」に關係する錯誤がある場合には「法益処分」としての同意は存在しない、と考えるのである。したがって、誤解を恐れずにいえば、この立場は、「被害者の錯誤」に関する「法益（侵害）関係の錯誤」説であるにとどまらず、「被害者の同意」論全体について「同意の法益（侵害）関係性」を要求するという意味で「法益（侵害）関係性」あるいは単に「（具体的法益侵害という意味での）結果」関係性」同意説と呼んで差し支えないものだといえそうである。この立場からは、上で森永や佐藤陽子の指摘に沿って明らかにしたような「同意の対人的相対効」や「行為者の同一性に関する錯誤」の問題は、まず当該構成要件の「法益」に「どの点に関する選択権が含まれるのか」という「法益の内容」の問題として扱われ、<sup>(46)</sup>さらには「法益侵害発生 of 具体的態様・強度」に関する錯誤の問題として扱われるが、すでに指摘したように、森永や佐藤陽子、

さらには深町のいうような「同意の対人的相対効」までは扱えないし、そもそも「行為者の同一性に関する錯誤」についても「同意の本質」を「法益処分」としてのみとらえるその基本思想から、本当にこのような結論が導けるのかについては、佐藤陽子が指摘したように、疑問を禁じえない。これらの指摘は、こうした「行為者の同一性に関する錯誤」や、山口自身が例にあげたような「侵害手段（の強度）に関する錯誤」といった、本稿の立場からは（一・二）「行為状況・侵害経過に関する錯誤」に分類できる問題群が、同意という意思決定の「法益処分」性の問題からは相対的に独立した問題であるにとらえる必要があることを示唆しているように思われる。

このような批判は、上で要約したような「法益関係の同意」説にだけあてはまるわけではない。本稿冒頭で論じたように、基本的には現在わが国のほとんどの学説は、不法論において結果無価値・行為無価値のいずれを不法の構成要素とみなし・いずれに比重を置くかなどの一般論での相違にかかわらず、「同意の本質」については同様の前提をとっているからである。つまり、同意は「法益処分を内容とする意思決定」なのだから「法益」ならびに「法益侵害としての結果」に関係しなければならず、したがって少なくとも「結果」発生時までは同意が存在・存続することが必要である、といった点で、おおむねコンセンサスが成立している。その中で「法益関係の同意」説は、不法論全体を通じて最も一貫した議論を展開しているという意味で、むしろモデルとなる議論であると見ることができ。そこで本稿では、以下の行論においても、まずこの「法益関係の同意」説と呼べるようなモデル理論をとりあげ、その細部について再検討することを通じて、同趣旨のコンセンサスを前提とする議論全体を射程とした見直し作業の第一ステップとする。これが同意論全体の理論的な見直しの必要性を指摘するための最良の方法だと考えるからである。

そこでこのような観点から「被害者の錯誤」に関する諸学説の見取り図をスケッチすると、この問題領域を原則と



して意思決定の「自律性」の観点だけで処理しようとする「重大な錯誤」説と、原則として意思決定の「法益処分」性の観点だけで処理しようとする「法益関係の錯誤」説（ひいては「法益関係の同意」説）という両極の間に、いわば中間説として「規範的自律性」説を位置づける形で整理することができらるだろう（さらに「主観的規範的自律性」説は「重大な錯誤」説寄りに・「客観的規範的自律性」説は「法益関係の錯誤」説寄りに配置できらるだろう）。無限定な「自律性」尊重に尽きない「意思決定の『内容』」の側面を強調した法益関係の錯誤説の問題提起には賛同できるものの、「法益処分」性の有無だけがこの問題を解決する基準となると考える必要はない。同意による犯罪阻却効の根拠が「法益主体の自己決定・自律性の尊重」という基本思想にあると考える以上、「自律性」尊重を中心に置きつつ「意思決定の内容」も軽視しない方向性が妥当であろうと思われるし、現在の主要な法益関係の錯誤説や規範的自律性説が目指す方向性はまさにこのようなものであると評価することができる。

しかし本稿が指摘したい問題は、さらにこの先にある。規範的自律性説の一部が指摘してきた「同意の対人的相対効」や「行為状況・侵害経過の錯誤」の問題は、ともに「行為・行為者との関係における同意の効力」の問題としてとらえることが可能である。つまり法益関係の錯誤説ひいては同意論全体に関する「法益関係の同意」説による、「侵害結果の範囲に関する錯誤」の問題を基軸として可能な限りそれに問題を取り込む形で処理しようとするアプローチ、ひいてはその背後にある「同意の本質」をもつばら意思決定の「法益処分」性に見る基本思想自体を再検討する余地があるのではないか、という点である。本稿では、このような問題意識から、さらに「撤回された同意」と「危険引受け」という二つの問題を取り上げる。

### 三 「同意の撤回」をめぐる

前節では、「被害者の錯誤」に関する法益関係的錯誤説ひいては同意論全体に関する「法益関係的同意」説は、その前提とする「同意の本質」論において同意という法益主体の意思決定内容が「『法益処分』といえるかどうか」を最重要視するところに特徴があり、同時にそこに限界があるのではないか、という指摘をおこなった。このような「法益関係的同意」説は、さらに不法論一般に関する結果無価値一元説から同意の効力を「法益（侵害）性を失わせる構成要件該当性阻却事由」とする理解とあいまって、同意の存在時期については、同意は「結果発生時までに存在すればよい」だけでなく「結果発生時までも撤回可能」だと考える<sup>(48)</sup>（後者を以下では「常時撤回可能ターゼ」と呼ぶこととする）。

このような「同意の撤回可能性」の問題は、わが国ではこれまでほとんど議論されてこなかったが、ドイツでは「同意の法的性質」論とも関連して古くから論じられている。たとえば「同意の法的性質」を法律行為だととらえる Ziehlmann のような立場からは、法律行為の撤回に関する民法上の要件に服することになり、常時撤回可能ターゼは否定される。<sup>(50)</sup> Honig によれば、同種の理論はさらに、犯罪を権利侵害ととらえる自然法学派が同意を権利譲渡と同視して概念法学的方法論により展開した議論にまでさかのぼることができるが、<sup>(51)</sup> そうした自然法学派による、一身専属的に譲渡不可能な権利・法益と譲渡可能な権利・法益の二種類に保護客体の性質を分類し、前者についてのみ常時撤回可能性ターゼを肯定する思考法は、後述するように現在の通説に至るまで大きな影響力を持っている。これらに対

して、Homig 自身は、同意が権利や法益を譲渡する法律行為ではなく単に侵害行為を許容するだけの事実行為である以上、権利や法益の譲渡可能性いかんに関わらず、常に常時撤回可能だと解されるべきであって、同意が撤回不可能に見える事案は背後に成立した契約の効果にすぎない、と考えた<sup>(52)</sup>。同意とは別に契約の効果を考える見解は、のちに Weber がこれを発展させ<sup>(53)</sup>、わが国でもこの Weber 説を基礎にして佐伯が自説を展開している<sup>(54)</sup>。ドイツでは現在の通説も、たとえば Lenckner/Sternberg-Lieben が「同意は原則として自由に撤回可能であるが、同意が侵害権やそれに対応するような受忍義務を根拠づける契約の構成部分として表示された場合は別である<sup>(55)</sup>」とするように、契約的意思表示の拘束力に言及しはするものの常時撤回可能テーゼの限界としてそれをとらえる点で、同意の常時撤回可能テーゼとは別に契約による拘束を説く Homig や Weber らの少数説との間で、いわば論争状態にあるといえる<sup>(56)</sup>。しかしいずれの立場からも、財産権を代表とする一身専属的でない譲渡可能な権利・法益については、契約による権利・義務が有効に成立するために、法律行為法や契約法による拘束を認めることになる、という前提は共有されているように思われる<sup>(57)</sup>。

さて、以上のようにドイツでは一般的に同意が撤回不可能になる場面のあることが議論の前提となっており、またわが国でも同様の前提をとる見解が見られるので、以下では文献に現れたその例を少し見ておこう。まずわが国では、山中が「バスに乗った者が、停留所で降りるのを失念し、運転手に途中で降りて欲しいと頼んだが、次の停留所まで降りしてもらえなかった」場合の監禁罪の成否を論じている<sup>(58)</sup>。またドイツでは、Gödel が「犬の射殺を飼い主から依頼されて射撃し重傷を負わせた時点で、翻意した飼い主から犬の救命措置を求められたが、そのまま放置して死亡させた」場合<sup>(59)</sup>、Weber が「そこに生えている木を伐採して土地を利用する契約を結んで土地を明け渡した後、所

有者が土地利用権者に木の伐採をやめるよう申し入れたが、利用権者は契約通りに木を伐採した<sup>(60)</sup>場合の、それぞれ器物損壊罪の成否について検討している。ほかにも佐伯が「一週間賃貸する契約で車の引き渡しを受けた賃借人が、途中で気が変わった賃貸人による返却の求めを無視して、車を利用し続けた」場合の横領罪の成否といった例を挙げ<sup>(61)</sup>るが、このような領得罪の成否の問題については、ドイツでは不法領得の意思の有無などで処理するのが通説であり、財産罪特有の問題を含むので本稿では扱わない。そもそも佐伯が依拠する Weber の「契約による正当化」の理論は、ドイツ民法二二九条以下の自力救済条項・八五四条以下の占有権規定などの解釈から導かれた、権利行使や私力執行に関わる問題全般を扱うための理論であり、そこでは撤回不能な同意の問題はいわば仮象問題にすぎない<sup>(63)</sup>。したがって Weber 説を含む「契約による正当化」「私力執行の限界」に関して詳しく検討するのは別の機会に譲り、本稿では、さしあたりこの理論が、同意の常時撤回可能テーゼを徹底して、適時に撤回された場合には同意が存在しないことを前提に、それ以外の方法によって不処罰の結論を導き出そうという試みであることだけを確認しておく。

以上のような問題状況の中で、山中は、早くから特に上記の乗客事例につき「現実的同意はないが、事前の包括的同意が優先する」として監禁罪不成立を主張していたし、上でやや詳しく述べたように、佐伯も、同意の常時撤回可能テーゼを徹底する趣旨から、同意とは別の契約という正当化事由による犯罪不成立を主張してきた<sup>(65)</sup>。これらに対して近時、深町は、行為の終了前に同意が撤回された場合（山中の乗客事例や Weber の伐採事例）と行為の終了後に同意が撤回された場合（Göbel の屠殺事例）とに分けて、前者の特に乗客事例については運行の利益を保全するための乗客の行動の自由の侵害という緊急避難として正当化すべきだとし、後者については不作為犯の成否の問題として

とらえた上で、撤回されるまでの同意によって適法化された先行行為からは作為義務を導くことはできないという形で不処罰を説明している。<sup>(66)</sup> また佐藤陽子は、「結果の発生が確定する（経過が取り返しのつかないところまで進む）までは、承諾は常時撤回可能である」が、財産犯では「契約によって生じた」行為者側の権利によって相対化された被害者の保護が問題となっているため、承諾が関わってくる余地はない」とし、乗客事例については不作為犯の問題として「すでに開始された侵害を停止する義務」がないことを根拠に不処罰を説明する。<sup>(67)</sup> これらの議論には、屠殺事例のような場合には保障人的義務がないことを理由に「不作為犯の原理」により不処罰を導き、その他の事例では同意とは別に契約による正当化を認めることで同意の常時撤回可能テーゼを貫徹しようとする Göbel<sup>(68)</sup> の見解や、契約という独自の正当化事由を広く認める見解に立ちながら、乗客事例のような一身専属的な人格権については契約の拘束力による同意の撤回不可能性を認める余地はないとして緊急避難で正当化しようとする Weber<sup>(69)</sup> の見解などからの影響が見てとれる。

本稿では、この問題についても「被害者の錯誤」同様に、最も妥当な解決法を模索する作業は留保して、議論の前提とされている基本的な思考枠組みから新たな示唆を得る作業を優先する。そこで検討しておきたいのが、深町の次のような興味深い考察である。深町は、前章で見た山口や佐伯と同様に、「個人法益とは、常に自己決定権と不可分なものとしてその存立が刑法上肯定されている」ものであり、したがって個人法益主体による同意とは「自己決定に基づく法益放棄」であって、それがあれば「直ちに法益侵害性は排除され、法益侵害結果＝構成要件の結果が存在しないと理解すべき」効果を持つ構成要件該当性阻却事由である、とするいわば「法益関係的同意」説の前提を明らかに

にしたうえで、新たに次の点を指摘する。すなわち「從來余り意識的に論じられてはいなかった〔…〕もう一つの意義」として、「同意とは、当該法益に関する限り、行為者に法益主体と全く同じ地位を付与するものであり、したがって当該構成要件の主体から除外する効果を有する」ことを認めるのである。<sup>(71)</sup>先の「行為の終了後に同意が撤回された場合」を不作為犯として不処罰とする構成も、「行為時に同意が存在する以上、行為者は同意により法益主体と同様の地位に立つと解する限り、そもそも刑法規範の向けられる主体とは言えず、行為者の可罰性が否定される」点から正当化される。<sup>(72)</sup>同じく小林も、胎児性致死傷に関する考察から導いた「行為時から結果発生時までの同一行為客体の存続」必要性という要請を、この「撤回された同意」の事案にも適用することで、撤回されるまでの同意に「同意の存在時点における」行為客体性（ないしその同一性）の阻却」効果を認め、それによって当該行為の構成要件不該当を説明できると考えているようである。<sup>(73)</sup>しかし、同意を可能な限り意思決定の「法益処分」性からとらえようとする「法益関係の同意」説の基本思想にとつては、このような「行為時の同意」による「行為・行為者に対する効果」は異質なものではないかと思われる。

そもそも撤回不可能な同意の問題を処理する、つまり同意が現実には撤回されたにもかかわらずおこなわれた侵害行為に犯罪が成立しない余地を認めるためには、上で見たように、現実の撤回意思とは別の包括的同意や契約（少なくとも契約上の権利義務による拘束）に犯罪阻却効を認める、あるいは少なくとも撤回されるまでの同意の効力によって撤回後の侵害経過の進行を阻止する義務を否定する、またそれをさらに進めて、そもそも行為主体性あるいは行為客体性に関する構成要件該当性阻却効を認める、といったアプローチが必要であった。しかしこれらは、現在わが国の同意論で主流となっている、不法論一般における結果無価値一元説から導かれた「法益関係の同意」説による



「法益処分を内容とする結果無価値にのみ関係する同意」という基本思想と調和的な考えとはいいがたい。撤回された同意は、結果発生時に存在すべき結果関係的な「完全な同意」から見れば「不完全な同意」に過ぎず、結果無価値を本質とする犯罪の不法内容にとっては無意味である、と考えることも可能であろうし、むしろその方が理論的には一貫しているとさえいえる。にもかかわらず、上のような議論が成立しうるとすれば、それは「いったん与えられて撤回されるまでの不完全な同意」には（行為者の故意を阻却するかどうかという側面とは別の）客観的な不法に対する何らかの効力を認める必要がある、ということ意味しているように思われる。

結果発生時の結果関係的な処分意思にしか刑法上の意味を認めない「法益関係的同意」説からすれば、そもそも撤回されたことによって一時的にしか存在しなかった同意には、結果発生時からさかのぼって判断される行為の不法内容にとって、何の意味もないとすることの方が一貫しているだろう。少なくとも山口は、そのような観点から、撤回された同意の場面では行為者の故意・過失を阻却する余地しか認めない。<sup>(74)</sup>ただし、こうした「法益関係的同意」説からも法的意味を持ちうると考えることのできるような「結果発生時点以前になされた同意」が皆無というわけではない。たとえば、未遂結果を阻却することによって未遂犯構成要件の不法を阻却する効果を持つような、したがって未遂結果発生時に存在している（べき）同意を、そのようなものとしてとらえることは可能だろう。要するに、深町のような「行為主体性の阻却」効や小林のような「行為客体性の阻却」効までとはいわないまでも、「未遂構成要件の不法阻却」効のようなものを「既遂結果発生以前になされた同意」に認める必要があるのだとすれば、「結果発生時に存在する結果関係的な『完全な同意』でない『撤回された、つまり一時的にしか存在しなかった『不完全で部分的な同意』」であっても、少なくともそれがなされた以降の事態については客観的な不法に関する（既遂構成要件の

不法内容全体を阻却するという「完全な効力」ではないとしても「不完全で部分的な効力」という形であれば）影響力を持つこと、換言すれば、同意には犯罪事実の成立過程・侵害経過の時間的推移との関係で「動的」な効果があると認めることになるのではないだろうか。これはつまり、「同意の存在時期」を問う際に一般に認められる『事後の同意』は刑法上の意味を持たない」という命題が、単に「事実行為である『同意』は、それがなされたあとの事態についてだけ効果を持つのであって、（法律行為の取消しや追認のように）さかのぼって法的効果を持つわけではない」ということを意味するにすぎず、なおこの領域に未解明な問題が存在することを示唆しているように思われる。

以上のような観点から改めて「撤回された同意」について見ると、そこには要件面のある特殊性が認められることに気がつく。この点について、最後に少しだけ見ておきたい。すでに何度も見たような、現在の同意論の主流となっている「法益関係の同意」の観点からは、いわゆる「同意の方式（表示の要否）」の問題について、同意は法益主体の内心における意思方向のみで足りるという「意思方向」説を採用するのが一貫しているといえる。<sup>(75)</sup>これに対してドイツでは、同意が存在することを外部から推知させうるような何らかの表示行為が必要であると考え、「意思表示」説が圧倒的通説であるのは周知だろう。しかしそのドイツにおいても、Göbel<sup>(76)</sup>があげるような「隣人が夜こっそりと木を切り倒そうとしているのに気づいた木の所有者が、賛意をもって伐採を見守った」事例で同意による器物損壊罪不成立を認める必要があるのであれば、やはり意思方向説が妥当だということになるだろう。しかしここで考察対象としている「撤回された同意」の問題について注目すべきは、Göbelのようなドイツにおける強硬な意思方向説の論者も、同意の撤回については「表示された同意のみ」を前提にしている、という点である。<sup>(78)</sup>とすれば、すでに検討したような「包括的同意」「契約」「行為時点における同意の特殊効果」といった「撤回された同意」の各局面に関



する解決法においても、「表示された同意」が必要なのではないか、ということができそうである。Goebelが同意の撤回の場面を「同意を表示することによって侵害者を自己の組織化領域に巻き込んだ処分権者の持つ自己組織化管轄により、侵害者の責任が限定される」問題としてとらえている点<sup>(79)</sup>は、まさにこのような視点の必要性を指摘したものだと考えられる。仮に意思方向説に立つとしても、「意思方向としての同意」の効力とは別に、「表示された同意」の効力の問題を再考する余地はあるように思われる。

#### 四 「不完全な同意」としての「危険引受け」

本稿では、「被害者の錯誤」「撤回された同意」の問題の再検討を通じて、現在わが国で主流となりつつある「結果無価値のみに関係する法益処分としての同意」理解（端的に「法益関係的同意」説と呼んできた）がはらむ問題点を、「行為・行為者との関係における同意の効力」すなわち「法益侵害結果との間に直接的で『完全な関係』を持たないという意味で『不完全な同意』の『不完全な効力』」という観点から明らかにしてきたのであるが、同じ観点から、最後に「被害者の危険引受け」の問題を取り上げたい。

「被害者の危険引受け」の問題については、わが国では次の下級審判決の登場が契機となり、それまで蓄積されていたドイツ法との比較による基礎研究の成果も参照<sup>(80)</sup>される形で、現在に至るまで激しい議論が展開されている。その契機となった千葉地裁平成七年一二月一三日判決（判時一五六五号一四四頁）とは、専用車両による悪路サーキットの走行時間を競うダートトライアル競技の練習中の事故について、業務上過失致死罪の成否が問題になった事件で、

次のような構成で無罪を言い渡した裁判例である（以下ではダートトライアル事件と呼ぶ）。すなわち本件では、被害者は競技初心者である被告人を指導するために自ら希望して助手席に同乗したベテラン選手であり、本件走行自体もおおむねその指示に従っておこなわれていたにもかかわらず、カーブで車両を暴走させて防護柵に激突するという死亡事故が起きたのであって、「被告人の運転方法及びこれによる被害者の死亡の結果は、同乗した被害者が引き受けていた危険の現実化というべき事態」であり、また「被害者を同乗させた本件走行は、社会的相当性を欠くものはな」かったといえることから、「違法性が阻却される」としたのである。

本判決については、学説では、本件のような事案が犯罪を構成しないという結論部分には賛同が得られたものの、その法的構成の点で争いが続いている。まず当初は、本判決の「社会的相当性による違法性阻却」という部分を強調する違法性阻却説（「社会的相当性」説<sup>(81)</sup>）と、それを批判して、せいぜい主観的過失つまり結果の予見可能性が否定される余地のある事案にすぎないとする見解（「予見可能性否定」説<sup>(82)</sup>）が対立した。さらにその後は、客観的過失つまり注意義務違反性が否定されるとする説（「注意義務否定」説<sup>(83)</sup>）や、特に「被害者による危険の引受け」という部分に力点を置き、いわば「危険同意」として同意法理の内部へ取り込むか少なくとも連続的に捉えることで同意と同様の犯罪阻却効（構成要件該当性阻却ないし違法性阻却）を認めるべきだとする説（「危険同意」説<sup>(84)</sup>、「引き受けられた危険の結果への実現」の部分に力点を置いて結果の客観的帰責あるいは法的因果関係を否定すべきだとする説<sup>(85)</sup>）（「因果関係・客観的帰責否定」説<sup>(86)</sup>）が、これに加わった。すでに小林や島田聡一郎、東雪見らが指摘しているように、これらの構成は必ずしも相互排他的なものではない。特に結果の予見可能性という主観的要件を否定する構成をとる「予見可能性否定」説は、少なくとも本件の事実関係のもとでは予見可能性しか否定できないとする主張を含む

ものの、一般論としては客観的な犯罪成立要件が否定される余地を排除していない<sup>(87)</sup>。ただし、塩谷毅や深町も指摘するように、社会的相当性や「危険引受けによって被害者が追求しようとした価値」を考慮しようとする見解では、当該法益を保護するかどうかの決定にあたって刑法外的なひいては道徳的な価値判断からの影響を認めることになってしまう点で不当だろう、ということは言えそうである。また過失犯の成立要件しか否定できないような構成をとる場合には、たとえば松宮孝明のあげる「不器用な他人に、それと知りつつ、髭剃りに使うからと頼まれてT字型カミソリを貸したところ、案の定顔中血だらけになった」というような事案における傷害罪の成否<sup>(89)</sup>といった、故意犯の領域では「危険引受けによる犯罪不成立」が認められないことになってしまふ点で問題をはらむ。したがって、基本的には犯罪の客観的成立要件を否定できるような構成、すなわち上の分類でいうところの、「危険同意」説と「因果関係・客観的帰責否定」説の二つが望ましいといえる。問題は「どのような根拠から、どの成立要件が否定されることになるのか」である。

この点で、両説は、被害者が危険を引き受けたこと自体の効果として、関与行為の持つ法的重要性や結果発生危険性が（少なくとも構成要件を満たす程度では）なくなることを根拠としている点で共通している。これら以外に「注意義務否定」説も、行為の危険性が過失犯の注意義務を基礎づける程度ではなくなるとするのであり、結局のところこれらの見解は犯罪論体系上の位置づけの点では一見異なっているように見えるものの、内容的・実質的には共通している部分が多いと見ることができるとする。しかし「被害者の同意」論の再検討を課題とする本稿の立場からは、まずは「危険同意」説を検討する必要があるだろう。従来の議論の中では、次にあげる二点<sup>(90)</sup>が、「危険同意」説の問題点として指摘されてきた。第一は、本来の同意はその対象に結果を含んでいなければならない、すなわち被害者の意

思が少なくとも結果の認識・認容に及んでいなければならないのに、「危険引受け」では被害者はあくまで「結果の不発生を望んでいる」ため、両者を同一視することはできない。<sup>(90)</sup> 第二は、仮に「危険引受け」の心理状態を被害者の同意に含めるとすれば、刑法二〇二条で同意殺人罪と自殺関与罪を処罰するわが国では（刑法二一六条で要求殺人〔Tötung auf Verlangen〕罪を処罰し、二二八条で良俗〔die gute Sitte〕違反の同意傷害の違法性を認めるドイツでも）、生命（や論者によっては身体の重大部分）に関しては同意による法益処分が制限されるために、業務上過失致死罪の成否が問題となったダートトライアル事件のような場合に不処罰を導くことができない。<sup>(91)</sup> 本稿では、冒頭で述べたように「同意の内在的限界」にあたるような「生命・身体に対する犯罪に関する同意の効力」の問題は扱う準備がないので、第一の問題を中心に検討する。つまり「同意対象」論である。

一般に、「同意の対象は行為か結果のどちらでなければならないか」という「同意対象」論については、ドイツでは古くは同意の存在時期の問題と連動して論じられ、行為時に同意が存在しなければならない以上、その時点で同意できるのは行為しかない、という形で「行為同意」説が展開されたの<sup>(92)</sup>に対して、犯罪の構成要素として結果が重要であるから、という「結果同意」説や、犯罪が行為と結果によって構成される場合には、同意の対象は行為と結果の両方であり、同意は行為時から結果発生時まで存続しなければならないとする「行為結果同意」説が主張されてきた。<sup>(94)</sup> これらに対し、不法の実質論から「行為同意」説を展開したのが、Schaffsteinである。<sup>(95)</sup> Schaffsteinは、過失犯の不法内容は客観的注意義務違反という行為無価値に尽き、結果は処罰条件にすぎないとする行為無価値一元説の前提から、このような行為無価値を止揚する危険同意が過失犯の不法を阻却すると考えた。<sup>(96)</sup>

しかし今日の行為無価値論にもとづく「危険同意」説はこのような単純な論法はとらない。たとえば井田良は、<sup>(97)</sup> 危

險引受けを「過失犯における違法性阻却」の問題ととらえる点でも *Schaffstein* と出発点を共有するが、「危険にさらされることへの同意」は「自己の利益を危険にさらす自由」という自己決定権の行使として「被害者の法益の刑法的保護を否定」することを通じて「行為不法」を否定するという違法性阻却効をもつとする（生命・身体についても「自己決定権によりカバーできる程度」の「制御された危険」であれば違法性阻却を肯定する）。通常の同意が「法益処分の自由またはその自己決定権」の行使により「法益主体自らが法益（の保護）を放棄した」ことを根拠に「法益の刑法的保護の必要性が否定される」という違法性阻却効をもつのと比較して、危険引受けが直接は結果無価値を止揚しない（事後的に結果不法は生じている）点で相違が認められるものの、あくまで「法益の保護の必要性」に関する判断として捉えられているのである。<sup>(99)</sup> さらに林幹人も、危険引受けでは「被害者が認識している結果発生の可能性」が「かなり低く、また、抽象的な」ために危険性が「明確には意識されていない」点で「典型的な被害者の同意」を認めることのできる「被害を確定的に認識し承認する意思の場合」とは異なるが、にもかかわらず危険引受けを「被害者の同意の法理」に属する「準同意」ととらえるべきだとする。つまり「被害者の同意の法理を適用するため」には、「〔一般に他人の車に乗せてもらう場合に、同乗すれば事故に遭い死ぬかもしれないことはわかっていた〕という認識程度における抽象的な危険に止まらない」許されない程度に危険な「結果発生の可能性を認識し」た被害者が「自身の意思により、自由に、その危険に同意した」ことで十分だ、とするのである。<sup>(100)</sup> また「注意義務否定」説に分類できる佐藤厚志も、「結果発生 of 危険に」対して同意がある以上は、「行為開始時と異なる危険を惹起した場合はともかく、行為開始時の危険が現実化したにとどまるならば、〔…〕行為遂行時の義務が遵守される限度で、〔…〕行為それ自体の義務違反性を正当化することがありうる」とする。そもそも行為無価値論（一元説および二元

説) からも、構成要件該当性阻却の同意の存在が肯定されるだけでなく、違法性阻却の一般原理として認められた「利益不存在(利益欠缺)」原理の適用場面として違法性阻却の同意が想定されている以上、同意は第一義的には「法益処分を内容とする意思決定」であり、したがって同意の対象には「結果」が含まなければならないことが前提とされているのである。<sup>(103)</sup>「危険同意」を同意と同等に扱うといっても、同意対象論における「結果同意」説を無視しているわけでもなければ、結果無価値の止揚にかかわる「法益処分」としての同意を軽視しているわけでもないのであって、むしろ「引き受けられた危険」の「内容」を「現に生じた結果」との「関係」によって限定することで、結果無価値との関係でも説得力をもつ説明が試みられている点を評価すべきではないかと思われる。

このような観点に立つと、結果無価値一元説を前提とする見解についても、次のような特徴を見て取ることができる。たとえば、小林の「部分社会」説は、その「部分社会」による自己立法的意味合いを持つルールによって危険性が十分コントロールされている活動領域では、そのような部分社会に参加するという、いわば「発生した結果との関係では」間接的同意(非目的的同意)<sup>(104)</sup>といってもよいような内容の意思決定さえあれば、そこから生じた結果発生については誰も責任を負わないとするが、ここではまさに上の「危険同意」説や「注意義務否定」説の論証に見られたような、引き受けられた「危険の内容」を「現に生じた結果との関係」で限定するアプローチが取り入れられていると見ることができる(ただし、「部分社会」的でない場面を広く含む「危険引受け」一般の解決策としては、ごく最近ほぼ「危険同意」説に立つことを明らかにした)<sup>(105)</sup>。さらに「因果関係・客観的帰責否定」説に分類できる山口<sup>(107)</sup>も、結果同意が結果要件を阻却するのと同様に、危険引受けは「行為の危険性」を「規範的評価において否認」させる効果をもたらすとしたうえで、そのような許容された行為の危険性から生じた結果については相当因果性あるいは



結果回避可能性がなくなるために構成要件該当性が否定されるとし、その根拠を「自己の利益を危険にさらす自由」の保障に求める。<sup>(108)</sup>同様に島田は、「被害者の危険認識と結果実現意思の欠如を前提にして」法的に期待される「危険回避能力」が行使されたものと想定すれば「行為時において小さな危険しか存在しなかった」と判断できる行為から結果が生じた場合には、「異常にも結果が発生してしまったと評価できる」ことを根拠に、因果関係あるいは結果帰責を否定する。さらに島田は、<sup>(109)</sup>「被害者が危険回避措置をとることを期待しようがない」場面でも、「自己の利益を危険にさらす自由」の行使として「引き受けられた危険から結果が不可避免的に生じた場合」には違法性阻却（減少）を認めることができる、とするのである。島田の構想の後半部分や山口の構想の根拠づけ部分には、井田の「危険同意」説からの明らかな影響を見ることができただけでなく、島田の構想の前半部分や山口の構想そのものについても、「未遂結果」とは異なるという意味で、論者の犯罪論体系からは位置づけの不明確な「行為の危険性」という特殊な要件が法益主体の「危険引受け・危険認識」によって影響を受けることが出発点とされており、それを通じてはじめて因果関係や結果回避可能性といった客観的な結果帰責の要件が欠けることが導かれ、そこからさらに結果無価値を中心とする構成要件の不法内容が実現していないことが論証されている。つまりこれらの見解には、「危険引受け」の意思決定自体が直接効果を持つのはあくまで「行為の危険性」に対してだけであり、その後「法益主体が引き受けた危険」が結果に実現したのか、それとも「それ以外の危険」が実現したのか、を重ねて問うことで犯罪成立を説明しようとしている、という特徴を見いだすことができる。また「危険同意」説や「部分社会」説では、このような「現に生じた結果との関係」をいわば先取りした形で「引き受けられた危険性の内容」を限定しようとする試みがおこなわれていた、と見ることができ。本稿の立場からは、まさにここでも、「行為時における部分的な同意」

による「行為關係的な部分的効力」を前提にしつつ、加えて「客觀的結果歸責」判断を加味することで構成要件の不法の止揚へと導く論証がおこなわれている、といえる点が特に重要である。

繰り返しになるが、本稿は、この「危険引受け」論についても、最も適切な解決法を提示することやその法的構成に関して立場決定をおこなうことを目的としているのではない。そこで、以上で検討してこなかった見解について概観しつつ、これまでの考察から得られた示唆を再確認したい。

まず見ておかねばならないのは、「因果關係・客觀的結果否定」説に分類した学説の中でも特に「危険引受け」に関する議論に対して初期の段階から影響力を持ち続けている二つの見解、すなわち塩谷の「自己答責性」説と深町の「信頼の原則」説だろう。深町説については、本稿の視角から見ると、ここでの法益主体の意思決定には「完全な同意でない」ため何の刑法上の意味も与えられておらず、せいぜい仮定的な自己保全的行動をとる蓋然性を高める契機として「危険認識」に意味が与えられているに過ぎない点に特徴がある。<sup>(11)</sup> このような意味でとらえられた「信頼の原則」を適用する形で、関与行為者にとつての結果の予見可能性の否定、ひいては因果経過の異常性の肯定へと論証が進められたうえで、相当因果關係を否定することによって関与者の不処罰が説明されるのである。<sup>(12)</sup> 法益主体の意思決定にどのような意義を認めるかという点では、塩谷は、自己答責的で行為者と同等の危険認識をもった積極的関与が法益主体にあることを条件に、関与行為の正犯性を否定するのであり、すでに触れたように「危険引受け」意思には関与行為の不法内容に対する部分的な効力が認められているとみることができる。しかしこの説では、共犯的な形態での結果実現の不法は否定されないことが前提とされた「過失の共犯」であることを根拠とする不処罰に主眼があ



るのであり、むしろ本稿の関心からはこの点で不満が残る。そこで、この両者が犯罪論体系上の位置づけが異なる点を生かし、併用して問題解決にあたらうとするのが東である。<sup>(115)</sup>しかし塩谷とは異なり、法益主体に「行為者の行為を望み(…)」行為者と共通の認識を持っていれば、危険認識はなくても関与行為の正犯性を阻却できるとする点で、その意思決定の法的意義づけがむしろ小さくなっている点に注意が必要である。ただし東の構想には、因果関係の否定や正犯性の否定以外にも、「市民的自由」による違法性阻却という枠組みが設けられており、法益主体の「危険引受け」意思が不法に対する効力を持つのはこの場面だと考えられている。<sup>(117)</sup>「市民的自由」とは、「社会的相当性」説や井田の「自己の利益を危険にさらす自由」論から影響を受けた、危険スポーツなどのライフスタイルに関する決定権であり、<sup>(118)</sup>そこでの「危険認識」も小林の「間接的同意」に近い心理内容で足りるとされるが、同旨の島田説とともに、違法行為をおこなう自由を含まないといった社会的価値によって不処罰範囲に限定を加える点で、刑法外的なひいては道徳的な価値判断の混入のおそれがあるといった批判を避けられないように思われる。<sup>(119)</sup>さかのぼって、実は井田の「危険同意」説でも、被害者自身の「任意の意思的行為が介在したこと」を根拠とする関与者行為の共犯性を前提とした別の構想が併用されているのだが、しかし最終的には、通常の危険同意よりも関与行為の寄与度が小さいこととのバランスから、違法性阻却も認められることになっている点で、以上の諸説とは相違が認められる。これは、井田が過失犯では拡張的・統一的正犯概念に好意的であるため過失共犯だというだけでは不処罰を導けないことに起因する論証ではあるものの、本稿の観点からは、上の諸説のほらむ問題点に対する解決策の一つとして評価可能だろう。

すでに見たように、本稿では「不完全なあるいは部分的な同意の効力」という観点から、さしあたり「危険同意」

による「行為關係的不法阻却」効と「危険実現」に関する「客觀的結果帰責」判断とを併用することで、結果無価値を含む構成要件の不法の全体を否定できるのであれば、上のような問題をほらむ諸構想を採用する必要性は低いのではないかと考えるが、これらの構想から得られた示唆を一つだけ付け加えるとすれば、次の点だろう。つまり小林や東の構想の一部で採用されたような、「危険同意」を心理内容としてはもつと緩やかにとらえ、むしろ「間接的同意」のように「被害者と行為者との間の共同行為」を媒介とした客觀的な性質から把握する必要性である。<sup>(12)</sup>

本節での考察から明らかになったように、もともと「同意対象」論は不法実質論における行為無価値論と結果無価値論との対立とは直接の関連を持たない。むしろそこで決定的なのは、「法益処分権者としての法益主体」による「処分権限の行使としての同意」と呼べる意思の内容である。つまり、同意が「法益処分」の意思決定である以上は、その意思内容は「法益状態の変更に關する認識・認容」つまり「結果發生の認識・認容」が含まなければならず、したがって、このような法益主体による「結果發生の認識・認容」がなければ「法益処分」も存在しないのだから、「法益処分」を前提とする同意の効果は、それが結果無価値に關係するものであれば行為無価値に關係するものであれば生じようがないということである。しかし、ここで本稿の立場から注意しなければならないのは、「法益処分」としての「完全な同意」が「法益關係的」「結果關係的」であるべきことが、このように「同意対象」論においても論証されたからといって、「不完全な同意」が「行為・行為者關係的」な「部分的効果」を持ち、さらに何らかの形で結果無価値を含む構成要件の不法の全体を阻却できるような効果に結びつく可能性が、それによって否定されることにはならない、という点である。特に「被害者による危険引受け」的態度には、むしろ「行為者との共同行為」としての客觀的性質からとらえられるべきだと考へうる側面があった点を忘れるべきではない。ここではさしあたり、この

ような限られた成果が得られたことだけで満足し、最後に節を改めて本稿全体を振り返ることで、本考察の射程について明らかにしたい。

## 五 おわりに

本稿では、「被害者の錯誤」「撤回された同意」「危険引受け」という三つのテーマを選んで、「同意の本質」を「法益処分を内容とする法益主体の自律的な意思決定」ととらえる、同意論においてコンセンサスとなりつつある理解の限界を明らかにしようとした。それぞれのテーマと関連して、「同意の法的性質」や「同意の存在時期」「同意の方式（表示の要否）」「同意の対象」といった古典的な問題についても、随時検討を加えた。同意を「法益処分」意思とする上述のような理解を出発点とすると、必然的に同意は「法益関係的」「結果関係的」であることを要求され、したがって「存在時期」や「同意対象」についても「結果発生時までの存在が必要」であり「結果の認識・認容が必要」であって、「撤回可能性」や「法的性質」「表示の要否」についても「結果発生時までは常時撤回可能」で「事実行為」である以上「意思方向」で足りるとされ、またその効果についても、「結果無価値」を中心とする不法内容についての止揚・阻却であるにとらえられることになる。少なくとも近年のわが国では、このような基本理解が共通の前提となっているため、このエッセンスを体现するモデル理論を本稿では「法益関係的同意」説と名づけて、批判的に検討したのである。

このような考察を通じて「被害者の錯誤」「撤回された同意」「危険引受け」に共通して指摘できたのは、「結果発生

時点まで存続し法益侵害結果に關係することで結果無価値の止揚を通じて構成要件的不法の全体を阻却する『完全な同意』とは異なる「行為の時点で一時的にであつても存在することで行為・行為者に關する不法内容に対して部分的な効力しか持たない『不完全な同意』」を認める必要性であつた。「被害者の錯誤」については、「行為者の地位・義務」との「相互關係」的な考慮を経ることにより確定する「同意の对人的相對効」を、「撤回された同意」については、撤回後の行為についての犯罪成立を妨げる「包括的同意」「契約」の拘束力や「行為時の同意」による「行為主体性」阻却効・「行為客体性」阻却効を、「危険引受け」については「危険に対する同意」による「行為の危険性」阻却効を、このような「不完全な同意」による「部分的で不完全な効力」の例として指摘し、その内容を検討したが、ここでは「法益關係的同意」説のようなモデル理論が前提とする結果無価値を中心とした不法理解と矛盾することなく、これらの効力を認めることができることを明らかにした。何より重要なのは、これらの「行為・行為者關係的効力」を持つ「不完全な同意」には「表示された同意」であるという共通点が存在した、という点である。「完全な同意」が「法益・結果關係的」で「事實行為」的な「意思方向」で足りるのに對して、「不完全な同意」は「行為・行為者關係的」で「表示された同意」であり「法律行為」的な側面を持つ、という特徴を指摘できたのである。このようにいうと、近時、佐藤陽子が提唱する「同意の体系的地位」に關する三元説における「行為態様に係る合意」を想起される向きもあるかも知れない。しかし、私見によれば、「行為態様に係る合意」は不法論の問題ではないため、本稿で対象にしたような同意論のカテゴリーに入れるべきではない。<sup>(12)</sup> 本稿がいう「行為・行為者關係的」な「部分的同意」は、あくまで当該構成要件の主たる保護法益によつて規定される結果無価値としての不法に關連する「部分的効力」も持つことが前提となつている点に注意されたい。

もちろん本稿も、上で指摘したような「不完全な同意」が、すべて同質で同内容のものと主張しているわけではない。たとえば「同意対象」について見れば、「被害者の錯誤」や「撤回された同意」はあくまで結果の認識・認容を前提にしているのに対して、「危険引受け」はまさに「危険性に対する同意」であって、明らかに異なる。したがって、本稿の考察結果から、ただちに「被害者の同意」全体について、従来の見解が前提とする「法益・結果関係」性の誤謬を暴き、「行為・行為者関係」的な新たな不法論を構築する必要性を説く、というような結論に至るのであれば、性急に過ぎるだろう。むしろここから読み取るべきは、「法益・結果関係」的な「完全な同意」と両立可能な、しかしそれとは別の存在としての「行為・行為者関係」的な「表示された同意」についての特別な考察の必要性である、というべきだと思われる。

しかし、冒頭から指摘しているような現在の同意論のコンセンサスとなっている「法益処分」意思としての同意理解については、ある程度の見直しを迫る可能性はあるのではないかと考えている。個人法益の主体が当該法益について「処分権」を持つことを出発点として共有したとしても、ここから導かれる「処分権行使としての同意」の内容が「法益処分の意思」に限られるのかどうか、という点について再検討の余地があることは、「被害者の錯誤」に関する「行為状況・侵害経過の錯誤」固有の問題として、あるいは「危険引受け」的態度を客観的に把握する必要性の問題として、指摘したところである。また、このような「不完全な同意」「部分的な同意」という観点からの考察が有効だとすると、それが持つ「不完全な効力」「部分的な効力」は、むしろ量刑論において「犯情」<sup>(24)</sup>の内容をなす「不法内容の量定」作業の規律原理として、より積極的な意義を見いだすことができると考えられる。ただしこの点については、「同意の内在的限界」論や、上で少し触れた「行為態様に係る合意」の問題とも関連する部分があるので、別

稿において改めて検討する必要がある。さらに「表示された同意」の「契約的効力」についても、「私的執行の限界」との関係でより掘り下げた検討の必要があることは、すでに述べたところである。いずれにせよ、本稿でおこなった考察が、筆者の単なる思い違いでないとするれば、「被害者の同意」をめぐる議論にはなお未解明の部分が多く残されていることになる。本稿の考察はあくまで問題提起に止まるが、このような展望を示すことをもって、むすびにかえたい。

(1) わが国の現行法は、刑法二〇二条の同意殺人や二四条の同意堕胎のように「嘱託」と「承諾」をあわせた上位概念として「同意」の語を用いる。また「被害者」の語についても、それを「犯罪被害者」ととらえれば、犯罪阻却事由を論じる中でそのような用語法は不正確であるともいえる。これらの点に配慮してか、最近では、この問題の呼称を「法益主体の承諾」とすることが多くなっているように思われる。しかし、犯罪の成否においても「自己の法益についての侵害結果を被った(被りつつある)法益主体」という意味で「被害者」の語を用いることは不適切とまではいえないだろう。また本稿では、上記の実定法上の意味での「嘱託」固有の問題を含まないような、したがって「承諾」のみを扱うが、この問題領域について通称化している呼称という意味でも、「被害者の同意」を用いることとする。

(2) このような区別の指針をとる見解を「実質的三元説」と呼び、「規定の文言を基準とする」「形式的三元説」と区別するのは、松原芳博『刑法総論』(二〇一三) 一一九頁以下。本稿では、以下で述べる「同意の体系的地位」については、このような意味での「形式的三元説」も突き詰めれば「実質的三元説」に至ると考えて、主として「実質的三元説」を念頭に置きつつ、単に「二元説」という呼称を用いることとする。このような(実質的)二元説の前提に関して詳しく検討したものとして、さらに井田良「講義刑法学・総論」(二〇〇九) 三一九頁、佐藤陽子『被害者の承諾』(二〇一一) 二二頁以下。ただし、「構成要件の判断に(…)価値的・規範的評価を含」める「実質的・機能的犯罪論に(…)近づく」ことを警戒して、同意による犯罪阻却が「構成要件の問題か違法性の問題かは、犯罪の性質というよりも条文の解釈の問題であると考える」とする、浅田和茂「被害者の同意の体系的地位について」京



都産業大学、産大法学三四卷三号（二〇〇〇）三頁以下・一二頁のような、意識的な「形式的二元説」も存在する。

- (3) 上で述べた「実質的三元説」を明確に意識した見解として、井田・前掲（注2）三一九頁以下。中山研一『刑法総論』（一九八二）三二〇頁にも「自由に対する罪についてのみ法益侵害性が被害者の意思に依存するという意味で構成要件を失わせる」という形で、これを示唆する表現が見られる。他の三元説は「形式的二元説」に分類できることになるが、その代表的なものとして、浅田和茂『刑法総論（補正版）』（二〇〇七）二〇〇頁以下、内藤謙『刑法講義・総論（中）』（一九八六）五七九頁以下、大塚仁『刑法概説（総論）（第四版）』（二〇〇八）四一七頁以下、大谷實『刑法講義総論（新版・第三版）』（二〇〇九）二五九頁以下、須之内克彦『刑法における被害者の同意』（二〇〇四）四七頁など。

- (4) 構成要件該当性阻却一元説としては、古くは、佐伯千仞『刑法講義（総論）（三訂）』（一九七七）一九七頁・二一九頁以下。この立場にあっても、山中敬一『刑法総論（第二版）』（二〇〇八）二〇三頁以下、西田典之『刑法総論（第二版）』（二〇一〇）一八七頁以下、林幹人『刑法総論（第二版）』（二〇〇八）一五九頁以下、山口厚『刑法総論（第二版）』（二〇〇七）一六四頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（二〇一三）二〇二頁以下、松原・前掲（注2）一二〇頁以下、小林憲太郎『刑法総論』（二〇一四）七一頁以下らのように、重大な傷害・生命に危険のある傷害などについて、同意の構成要件阻却効に限界を設けて傷害罪による処罰を肯定する余地を認める見解と、「同意傷害」罪規定がないことを根拠に傷害罪についても同意が構成要件該当性を阻却し不処罰となると考える、前田雅英『刑法総論講義（第五版）』（二〇一一）三四七頁以下、西田典之・山口厚・佐伯仁志編『注釈刑法・第一卷』（二〇一〇）〔深町晋也執筆部分〕（以下、深町・前掲）三六四頁らの見解に分かれる。なお、（形式的）二元説から（したがって違法性阻却による）「同意傷害」不処罰を認める見解として、浅田・前掲（注2）一四頁。

- (5) 佐藤陽子・前掲（注2）。要約的なものとして、同「被害者の承諾における三元説の意義について」『理論刑法学の探究4』（二〇一一）一〇一頁以下。

- (6) 「承諾に基づく行為が正当化されるのは、承諾によって実現された『個人の自由』が行為によって侵害された法益に優越することによる」とか「正当化の個別原理である『自律』の原理は、『自己決定の自由』という利益の形をとって、高次の一般原理である『優越的利益』の支配・統制に服することになる」という形で「利益優越」原理の一部とみる見解として、曾根威彦『刑法における正当化の理論』（一九八〇）一四九頁以下。「被害者の同意」は（…）違法性阻却原理論として社会的相当性説を採る本書の立場か

らすれば、独立した違法性阻却事由には該らない」という形で「社会的相当性」の一部とみる見解として、伊東研祐『刑法講義・総論』(二〇一〇)二一八頁以下。

(7) 暴力団組員同士による指づめにつき「公序良俗に反する」として違法性阻却を否定した仙台地裁石巻支部昭和六二年二月一八日判決(判タ六三三二五四頁)も、「医学的な知識に裏付けされた消毒等適切な措置を講じたうえで行われたものではない」などを理由としてあげて「社会的に相当な行為として違法性が失われる」ことを否定した裁判例であるが、むしろ佐伯仁志・前掲(注4)二二五頁以下の指摘するように「被害者の同意が自由でなかったことを認定すべき」事案だったとするならば、すぐあとで述べるように、本件こそ「同意の存否」そのものに関わる判断がなされるべき事案だったといえるかもしれない。

(8) ドイツでは、M.K. Meyer, *Ausschluß der Autonomie durch Irrtum*, 1984が、このような前提のもとで、「法益関係の錯誤」説と同一基準による「被害者行為を利用する間接正犯」の成立要件論を展開する。同様の主張は、わが国では、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(二〇〇二)特に二五四頁以下で展開された「遡及禁止論」に見られる。

(9) ドイツでは「錯誤・欺罔・脅迫による同意」をまとめて「意思欠缺(Willensmängel)」と呼んで包括的に論じるのが通常であるが、本稿では、「錯誤および欺罔による同意」の問題しか取り扱わないため、便宜上「被害者の錯誤」という呼称を用いることとする。むしろあたりG. Arzt, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 1970; Th. Rönau, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 2001を参照。

(10) 「重大な錯誤」説(「真意説」)の新たな基礎づけを試みる見解として、杉本一敏『「真意説」の真意を問う』『理論刑法学入門・刑法理論の味方』(二〇一四)一二九頁以下。

(11) 山中敬一「被害者の同意における意思の欠缺」関西大学法学論集三三巻三四五号(一九八三)二七一頁以下。

(12) 佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報一号(一九八五)五一頁以下。

(13) Arzt, a.o. (Anm. 9). Arzt自身がH. Stöter, *Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht*, 1928を参照しているように、法益関係の錯誤説の基本的な発想自体はArztのオリジナルではない(Arzt, *ibid.*, S.18). Stöter説の内容ならびにArzt説の登場に至るまでの学説状況については、森永真綱「被害者の承諾における欺罔・錯誤(一)」関西大学法学論集五二巻三号(二〇〇二)二三八頁以下が詳しい。さらに斉藤誠二「欺罔にもとづく承諾」『吉川経夫先生古稀祝賀論文集』(一九九四)一六一頁も参照。

(14) 山口厚『問題探求・刑法総論』(一九九八)八一・八二頁。



- (15) 山口厚「法益関係的錯誤」説の解釈論的意義」司法研修所論集二二二号(二〇〇三)一〇〇・一〇一頁。
- (16) このような大枠での議論は「法益関係的錯誤」説が登場する前から存在したことにについては、注16を参照。特にわが国では前掲最判を契機として、植松正「刑法教室Ⅱ・各論」(一九五九)二五八頁以下、平野龍一「刑法総論Ⅱ」(一九七五)二五六頁、町野朔「被害者の承諾」「判例刑法研究2・違法性」(一九八二)二二六頁、中山・前掲(注3)三二二頁、内藤・前掲(注3)五九二頁などが、同事件で「死ぬこと自体には錯誤がない」あるいは「動機の錯誤しかない」ことを根拠に、殺人罪の成立に疑念を示していた。森永・前掲(注12)二〇〇頁にいう「動機の錯誤」説である。さらに上高「被害者の同意(上)」法学教室二七〇号(二〇〇三)五一頁を、また「被害者の錯誤」に関するさらに古い議論については、塩見淳「錯誤に基づく被害者の同意」法学教室三八三号(二〇一二)六三頁(特に注2)も参照。
- (17) H. Kühne, Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgutsverzehrs, JZ 1979, S.241 ff.
- (18) Jakobsの教科書は一九八三年が初版であるが、本稿では一九九三年の第二版を参照することとする。G. Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, 7/116 ff.
- (19) C. Roxin, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, GS-Noll, 1984, S.275 ff.
- (20) 山中・前掲(注11)三四四頁以下、齊藤・前掲(注13)一六四頁以下、林美月子「錯誤にもとづく同意」『内藤謙先生古稀祝賀』(一九九四)二九頁以下、林幹人「錯誤にもとづく被害者の同意」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻』(一九九八)二四四頁以下。
- (21) Kühne, a.o. (Anm.17), S.244 ff.
- (22) 山中・前掲(注11)三〇四頁以下、林美月子・前掲(注19)三〇頁以下。
- (23) Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl., 2006, 13/99.
- (24) 山中・前掲(注11)三五七頁以下。
- (25) 齊藤・前掲(注13)一六六頁以下、林美月子・前掲(注20)三三二頁。
- (26) 林美月子・前掲(注20)三四頁以下。
- (27) 森永・前掲(注13)二二七頁以下。
- (28) 佐藤陽子・前掲(注2)一九一頁以下。

- (29) 林幹人・前掲(注20) 二四九頁以下。
- (30) 上寫一高「被害者の同意(下)」法学教室二七二号(二〇〇三) 八一頁以下。
- (31) 塩見・前掲(注16) 六七頁以下。
- (32) 曲田統「生命・身体に対する罪における『被侵害者の錯誤と同意』」札幌学院法学二四卷一号(二〇〇七) 二七頁以下。
- (33) 山口厚「欺罔に基づく『被害者』の同意」『田宮裕博士追悼論文集上巻』(二〇〇一) 三三二頁以下。
- (34) 山口・前掲(注33) 三三一頁以下。さらに同・前掲(注15) 一〇九頁以下も参照。
- (35) 佐伯仁志・前掲(注4) 二一九頁以下、深町・前掲(注4) 三五七頁以下。「正当化状況の錯誤」の処理について賛同する見解として、浅田・前掲(注2) 一三頁、西田・前掲(注4) 二一九頁以下。西田は「正当化類似状況の錯誤」についても「法益の価値についての錯誤」であって法益関係的錯誤で無効にできるとする(同・二二〇頁)。
- (36) 深町・前掲(注4) 三五九頁。
- (37) 森永真綱「被害者の承諾における欺罔・錯誤(二・完)」関西大学法学論集五三卷一号(二〇〇三) 二二〇頁。
- (38) この問題について、後に述べるような「行為者側の地位・義務」ではなく「事実を誤認したことについて、法益主体に落ち度が認められるか否か」という被害者側の観点から判断すべきだとする、近藤和哉「錯誤に基づく同意について」神奈川法学四〇卷一号(二〇〇七) 二五九頁以下、特に二六二頁も参照。そこで直接は参照されていないが、民法九五条の「錯誤表意者の重大な過失」制度と相通ずる点に解決策を求めた点が興味深い。しかし、民法九五条が「契約相手方の保護」を目的とするように、「行為者との関係性」の観点は避けられないように思われる。
- (39) 森永・前掲(注37) 二二四頁以下。同「欺罔により得られた法益主体の同意」『理論刑法学の探求4』(二〇一一) 一四八頁以下も参照。
- (40) 佐藤陽子・前掲(注2) 一九五頁。
- (41) 佐藤陽子・前掲(注2) 一九六頁。
- (42) 山中・前掲(注11) 三〇七頁以下、三五二頁以下。
- (43) 小林憲太郎「被害者の同意の体系的位置づけ」立教法学八四号(二〇一二) 三四六頁・注17。

(44) 佐藤陽子・前掲(注2) 一九二頁。

(45) 山口・前掲(注15) 九九頁以下。

(46) たとえば山口厚「法益侵害と法益主体の意思」『クローズアップ刑法各論』(二〇〇七) 二四頁以下は、住居侵入罪と強姦罪・強姦罪については「誰の立入りを認めるか」「誰と(性交を)行うか」を法益の内容を含むとする。佐伯仁志・前掲(注12) 六六頁以下は、それら以外に「傷害罪においては主体の同一性は傷害行為の危険性の問題に還元されるべき」だとする。

(47) 山口・前掲(注46) 二三・二四頁は、「法益主体と行為者との間で答責領域の配分をしようとする見解」について、「明白ないい間違いのような場合を除き(…)故意を肯定しうる場合は極めて限られる」とした上で「リスク配分」は、過失を判断する際に考慮しうるにとどまる」として、不法論レベルでの取り扱いが不要であるとしている。答責領域論についてむしろ好意的な小林も、この点について「広く行為者の保護が必要とされる問題は故意・過失を否定し、正当防衛や緊急救助を制限し、正当業務行為や契約による正当化を肯定し、あるいは被害者に答責領域を認める(信頼の原則を適用する)ことによって解決すべきだ」としており、基本的に行為者の錯誤で解決すればよい、と考えているようである。小林憲太郎『刑法的帰責』(二〇〇六) 二四六頁以下。本稿の立場からは、次節で検討する「撤回された同意」の問題にも関わる「契約による正当化」があげられていることに注目したい。

(48) 「行為時から結果発生時まで必要」とする立場からも「結果発生時まで必要」であることは前提となる。意識的に「結果発生時まで存在すればよい」とするのは、西田・前掲(注4) 一九一頁、林幹人・前掲(注4) 一六一・一六二頁、山口・前掲(注4) 一五六・一五七頁、佐伯仁志・前掲(注4) 二〇八・二〇九頁、松原・前掲(注2) 一二九頁、小林・前掲(注4) 七三・七四頁、深町・前掲(注4) 三五〇頁以下。「実行行為開始時から結果発生時まで必要」とするのは、山中・前掲(注4) 二〇九・二一〇頁。単に「行為の時点で必要」として「同意の撤回」について触れないものとしては、さらに大塚・前掲(注3) 頁、内藤・前掲(注3) 頁、大谷・前掲(注3) 二六三頁、さらに高橋則夫『刑法総論(第二版)』(二〇一三) 三二四頁がある。「常時撤回可能テゼ」を前提にしつつ、「行為態様に係る合意」について「行為時」を基準に、「法益侵害に係る合意」および「同意」については「結果の発生が確定する(経過が取り返しのつかないところまで進む)まで」を基準とする、佐藤陽子・前掲(注2) 二三五・二四四頁も参照。

(49) 「同意の撤回」および「撤回可能性」について詳しく検討するのは、佐伯仁志「被害者の同意と契約」『西原春夫先生古稀祝賀論

- 文集(1)』(一九九八)三八五頁以下、同・前掲(注4)二〇八・二〇九頁、小林・前掲(注4)七三・七四頁、深町・前掲(注4)三五〇頁以下、佐藤陽子・前掲(注2)二四三頁以下。一応「同意の撤回」に言及している教科書としては、山口・前掲(注4)一五六・一五七頁、松原・前掲(注2)一二九頁。
- (50) E. Zielmann, *Ausschluß der Widerrechtlichkeit*, AcP 196 (1906), SS.46 f., 50.
- (51) R. Honig, *Die Einwilligung des Verletzten*, Teil 1, 1919, S.141 ff.
- (52) Honig, *ibid.*, SS.149, 152.
- (53) H.-D. Weber, *Der zivilrechtliche Vertrag als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht*, 1986.
- (54) 佐伯仁志・前掲(注49)三八五頁以下。
- (55) Th. Lenckner/D. Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Aufl., 2010, Vor. § 32 ff./44.
- (56) 「契約による正當化」をめぐって学説状況について、Lenckner/Sternberg-Lieben, *Sch./Sch.*, Vor. § 32/53. たゞ、W. Misch in Baumann/Weber/Misch, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Aufl., S.398/386 は「所為の許容が、行為者の締結した契約の内容である場合には、同意ではなく、この契約が正當化の基礎なのである」として好意的であるが、Roxin, *AT I*, 13/79 は「同意は、個別事例において契約的拘束が存在しない限りで、自由に撤回できる」として、慎重な態度をとっている。
- (57) Lenckner/Sternberg-Lieben, *Sch./Sch.*, Vor. 32/44. Roxin, *AT I*, 13/72 は「もちろん、特に財産権の対象については、他者による攻撃を許容することについての拘束力のある契約がある場合には、それは締結されていること自体は排除されない」とする。
- (58) 山中敬一「行動(精神)の自由に対する罪」『刑法理論の現代的展開・各論』(一九九六)五三頁。
- (59) A. A. Göbel, *Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts*, 1992, S.142.
- (60) Weber, *aoO*, (Anm. 53), S.19.
- (61) 佐伯・前掲(注49)四〇二頁。
- (62) A. Esser/N. Bosh, *Sch./Sch.*, § 242/59. Th. Fischer, *Strafgesetzbuch*, 61. Aufl., 2014, § 242/49.
- (63) Weber, *aoO*, (Anm. 53), SS.68 ff., 154 ff.
- (64) 山中・前掲(注58)五三頁。

- (65) 佐伯・前掲(注49) 特に三九八頁、同・前掲(注4) 二〇八・二〇九頁。
- (66) 深町・前掲(注4) 三五一頁以下。
- (67) 佐藤陽子・前掲(注2) 二四五頁以下。
- (68) Göbel, aO. (Anm. 59), SS.137 ff., 140 ff.
- (69) Weber, aO. (Anm. 53), S.161 f.
- (70) 深町・前掲(注4) 三四七頁。
- (71) 深町・前掲(注4) 三四七頁。
- (72) 深町・前掲(注4) 三五一頁
- (73) 小林・前掲(注44) 二四八頁・注59、さらに二〇六頁以下も参照。
- (74) 山口・前掲(注4) 一五六頁。
- (75) 結果無価値論的な「法益関係の同意」説を前提とする意思表示説としては、山中・前掲(注4) 二〇七頁、佐藤陽子・前掲(注2) 二二〇頁以下・二三七頁以下・二四七頁以下。特に佐藤陽子が、「行為態様に係る合意」では「意思方向説」を、「法益侵害に係る合意」および「同意」では「意思表示」説を採用し、後者の根拠を「被害者にとって、その物への関心をいつ失ったかは重要ではなく、それが重要なのは、刑法が犯罪成立いかんを把握したいからである。この点で、単なる自己決定ではなく、社会に認識可能な自己決定を要求することは、十分に意味がある」(二四一頁)としている点が注目される。行為無価値的な立場からは、主観的正当化要素として行為者による同意の認識が要求されることに対応して、同意の認識を可能にする何らかの「意思表示」を必要とする見解が多数派であるといつてよい。大塚・前掲(注3) 四二〇頁、高橋・前掲(注48) 三二四・三二五頁、伊東・前掲(注6) 二二五頁以下など。これに対して、行為者による同意の認識は主観的正当化要素として必要であるが同意の表示は不要であるとする「意思方向」説、井田・前掲(注2) 三二六頁や、意思方向説に立ち同意の認識も不要とする、大谷・前掲(注3) 二六三・二六四頁などもある。
- (76) Lenckner/ Sternberg-Lieben, Sch/ Sch, Vor. 8 8 32/ 43; Fischer, Vor. 32/ 3c; Roxin, AT 1, 13/ 71; Mitsch, AT, 17/ 104.
- (77) Göbel, aO. (Anm. 59), S.134.

- (78) Göbel, *ibid.*, S.137.
- (79) Göbel, *ibid.*, S.137.
- (80) 山中敬一「過失犯における被害者の同意」『平場安治博士還暦祝賀上巻』(一九七七) 三三二頁、葛原力三「ベルント・シュエマン」麻薬の交付による過失致死?」『紹介』警察研究五四卷一一号(一九八三) 九四頁、松生光正「自己危殆化への関与」関西大学大学院法学ジャーナル四四号(一九八六) 一一一頁、荒川雅行「過失犯における被害者の同意に関する一考察」関西学院大学法と政治三二巻二号(一九八八) 九七頁など。
- (81) 奥村正雄「被害者による『危険の引き受け』と過失犯の成否」清和六巻一号(一九九九) 一〇五頁以下、十河太朗「危険引き受けと過失犯の成否」同志社法学二六〇号(一九九九) 三四一頁以下、佐伯仁志「違法論における自律と自己決定」刑法雑誌四一巻二号(二〇〇二) 八六頁以下。やや異質な違法性阻却説として猪田真一「同乗者の承諾と業務上過失致死罪」帝京法学二二巻一号(一九九九) 一〇五頁以下。
- (82) 大山弘『松宮孝明・判批・法学セミナー五〇三号(一九九六) 七四頁、荒川雅之・判批・平成八年度重判(一九九六) 一四七頁、曾根威彦『刑事違法論の研究』(一九九八) 一五一頁以下、本件限りで予見可能性の否定しかできないとする塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』(二〇〇四) 三三三頁以下も参照。須之内・前掲(注3) 二三四頁以下は、予見可能性の否定以外にも期待可能性の欠落による解決を示唆する(二五六頁)。同様に神山敏雄「危険引き受けの法理とスポーツ事故」宮澤浩一先生古稀祝賀論文集三巻(二〇〇〇) 一七頁も「責任阻却事由」としてこの問題をとらえる。深町晋也「危険引き受け論について」本郷法政紀要九号(二〇〇〇) 一二頁は、予見可能性の基準理論としての「信頼の原則」の適用場面だと考える。
- (83) 福田平『大塚仁・対談・現代刑事法六号(二〇〇二) 四頁、平野潔「危険の引き受けと過失犯」現代刑事法四巻六号(二〇〇二) 二九頁、佐藤厚志「過失犯における危険の引き受けの意義(二・完)」阪大法学六一巻二号(二〇一一) 一八三頁以下。
- (84) 林幹人・前掲(注4) 一七三頁以下、前田・前掲(注4) 四〇九頁、のちに井田・前掲(注2) 三四二頁以下、田中優輝「被害者による危険の引き受けについて(四)」法学論叢一七四巻三号(二〇一三) 五八頁以下、小林・前掲(注4) 七九頁以下。さらに小林憲太郎・判批・刑法判例百選I総論(第五版)(二〇〇三) 一二二頁も参照。
- (85) 因果関係の否定に力点がある見解として、山口厚「被害者による危険の引き受けと過失犯処罰」研修五九九号(一九九八) 七頁以

下、のちに島田聡一郎「被害者による危険引受」『クローズアップ刑法総論』(二〇〇三) 一二三頁以下。正犯性の否定として構成する見解として、塩谷・前掲(注82) 一七一頁以下、のちに松宮孝明「過失犯論の現代的課題」(二〇〇四) 二四五頁以下。深町は、当初は予見可能性を否定する「信頼の原則」の適用場面として「危険引受け」の問題を把握していた(注82参照)が、のちに「信頼の原則」自体を相当因果関係の判断基準の一つとして位置づけるようになり、それにもなつて現在では、「危険引受け」の問題も「相当因果関係の否定」として説明される(体系的位置づけは変更されたが判断基準には基本的に変更はないようである)。深町・前掲(注4) 三七三頁以下。

(86) 小林・前掲(注84) 一一三頁、東雪見「法益主体の危険引受け(一・完)」上智法学論集四七卷三号(二〇〇四) 一一一頁以下、島田・前掲(注85) 一二五頁以下・一七二頁。

(87) 東雪見「法益主体の危険引受け(二)」上智法学論集四七卷二号(二〇〇三) 八二頁。

(88) 塩谷毅「危険の引受け」刑法の争点(二〇〇七) 七九頁は、社会的相当性説に対してそのように批判する。さらに深町・前掲(注4) 三七五頁は、後述する島田説が「法益を危険に曝して更なる自己実現を図る自由」を「プラスアルファとして考慮される」点を批判する。

(89) 松宮・前掲(注85) 二四五・二四六頁。

(90) さしあたり塩谷・前掲(注82) 二四〇頁以下。

(91) ドイツでの議論状況を含めて、田中優輝「被害者による危険の引受けについて(五・完)」法学論叢一七四卷五号(二〇一四) 八六頁以下が詳しい。

(92) R. KeBler, Die Einwilligung des Verletzten, 1884, S.26; E. Mezger, Die subjektive Unrechselemente, GS 89 (1924), S.279.

(93) H. Gerland, Die Selbstverletzung und die Verletzung des Einwilligenden, VDA AT, Bd. 2, 1908, S.492; M. E. Mayer, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 1915, S.291.

(94) Honig, aO. (Anm. 51), S.172 ff.

(95) F. Schaffstein, Handlungsumwert, Erfolgsumwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitdelikten, FS-Welzel, 1974, S.565 ff.

(96) このような行為同意説に最も近い見解としては、わが国では「危険への承諾は、自己決定権の一内容として保障され、それによ



り他人の危険な行為の実行が許可されて、行為者は法益保護のために定立された刑法上の禁止を免れる。法益客体は刑法上の保護の外に置かれ、危険が現実化して侵害結果が生じたとしても、犯罪の成立は否定される。当該行為の行為不法が欠如しているからである。」とする、田中・前掲(注84)六一頁をあげることができる。さらに近年のドイツにおける類似説として、Mac Menah, Die Einwilligung in ein Risiko, 2013を参照。

(97) 井田・前掲(注4)三四二頁以下。

(98) 井田・前掲(注4)三一八頁。

(99) 井田・前掲(注4)三四三頁。

(100) 林幹人・前掲(注4)一七四頁以下。

(101) 林幹人・前掲(注4)一七五頁。

(102) 佐藤厚志・前掲(注83)四七五頁

(103) たとえば大谷・前掲(注3)二五九頁以下が、構成要件阻却の同意と違法性阻却の同意を使い分ける体系的二元説をとり、違法

性阻却の同意を「法益侵害不可欠」原則の適用場面と考え、同意対象論について「行為結果同意説」をとっている。高橋・前掲(注48)三一〇頁も、行為無価値結果無価値二元説から「利益不存在の原則」の適用場面として同意をとらえる。

(104) 小林・前掲(注84)一一三頁。

(105) 「非目的・間接的同意 (unfinale od. mittelbare Einwilligung)」の構想については、Jakobs, AT, 7/126 ff. 通常の同意にほぼ対応する「目的の同意 (finale Einwilligung)」が結果を「意図」するものであるのに対して、「非目的の同意」は社会的接触をおこなう意思があれば足り、行為の結果についての意識がうすい「危険性に対する同意」もほとんどがここに含まれ、社会的接触がともなうリスクについては法益主体に管轄が生じることになる。したがって被害者への結果帰責を根拠とする行為者の行為の構成要件不該当判断は、生じた結果について被害者に規範的な管轄が認められることが重要なのであって、被害者の心理状態は重要ではない、と考えることで、Jakobsはさらに「自己の危険である行為 (Handeln auf eigene Gefahr)」の構想へと進む。「自己の危険である行為」については、R. Derksen, Handeln auf eigene Gefahr, 1992およびその内容を考察した長谷川裕寿「自己の危険に基づく行為(一)(二・完)」明治大学大学院法学研究論集一〇号(一九九九)三三頁以下、一一号(一九九九)四一頁以下も参照。

(106) 小林・前掲(注4) 八〇頁。「被害者が自身の法益を一定のリスクにさらす決定をした場合には、法益を処分する決定をした場合とそれだけで法益侵害が欠けるのとパラレルに「…」法益の危殆化が欠けることになる。「…」かかるリスクがそのまま法益侵害へと現実化した場合にもなお許容の効果が存続することが導かれるのである。」とし、その効果についても「許容の根拠が被害者の同意とパラレルなのであるから「…」そもそも構成要件該当性が阻却されるものと解すべきである。」とされる。

(107) 山口・前掲(注85) 七頁。

(108) 山口厚「『危険の引受け』論再考」『齊藤誠二先生古稀祝賀論文集』(二〇〇三) 九六頁以下。

(109) 島田・前掲(注85) 一四九頁以下。

(110) 島田・前掲(注85) 一五八頁以下。

(111) 深町・前掲(注82) 一四〇頁以下、同・前掲(注4) 三三七頁。

(112) 深町・前掲(注4) 三三七頁。

(113) 塩谷・前掲(注82) 三六九頁以下。松宮・前掲(注85) 二五〇頁以下も参照。

(114) 塩谷・前掲(注82) 三七四頁以下。松宮・前掲(注85) 二六一頁以下も参照。

(115) 東・前掲(注86) 一一一頁以下。

(116) 東・前掲(注86) 一〇二・一〇五頁。

(117) 東・前掲(注86) 七八頁以下。

(118) 東・前掲(注86) 八六頁、九二頁・注11、同・前掲(注87) 一一五頁・注1。

(119) 東・前掲(注86) 八八・八九頁。島田の違法性阻却の構想に対しては、深町の同種の批判がある。注88も参照。

(120) 井田・前掲(注4) 三四四・三四五頁。

(121) 井田・前掲(注4) 三四五頁。

(122) 「間接的・非目的の同意」については、注106参照。

(123) 小林・前掲(注43) 三四七頁以下による批判の趣旨がこのようなものであるとすれば、賛同できる。

(124) 量刑実務の中で「被害者の同意」「危険引受け」などの取り扱いについては、坪井祐子「被害者・関係者・第三者の落ち度と量刑」『量刑実務体系2』(二〇一一) 三〇三頁以下。